

# TE Vwgh Erkenntnis 1998/6/29 98/10/0088

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 29.06.1998

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
19/05 Menschenrechte;  
82/04 Apotheken Arzneimittel;

## Norm

ApG 1907 §10 Abs1 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs2 Z1 idF 1990/362 impl;  
ApG 1907 §10 Abs3 idF 1990/362 impl;  
ApG 1907 §10 Abs4 idF 1990/362;  
ApG 1907 §10 Abs5 idF 1990/362 impl;  
ApG 1907 §10 idF 1998/I/053;  
ApG 1907 §29 Abs1 idF 1984/502;  
MRK Art6 Abs1;  
VwRallg;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Novak, Dr. Mizner, Dr. Bumberger und Dr. Stöberl als Richter, im Beisein des Schriftführers Dr. Binder-Kriegelstein, über die Beschwerde des Mag. pharm. L in G, vertreten durch

Dr. Eleonore Berchtold-Ostermann, Rechtsanwältin in Wien I, Bräunerstraße 6, gegen den Bescheid des Bundesministers für Gesundheit und Konsumentenschutz vom 26. Februar 1996, Zl. 262.187/2-II/A/4-96, betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke (mitbeteiligte Partei: Mag. pharm. K in G, vertreten durch Schönherr, Barfuss, Torggler und Partner, Rechtsanwälte in Wien I, Tuchlauben 13), zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 4.565,-- und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von S 12.740,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Zunächst wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf das hg. Erkenntnis vom 20. Dezember 1993, Zl.92/10/0359, verwiesen, mit dem der im Instanzenzug ergangene Bescheid des Bundesministers für Gesundheit, Sport und Konsumentenschutz vom 19. Juni 1992, betreffend die Abweisung des Ansuchens der mitbeteiligten Partei um

Erteilung der Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Graz, wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben wurde. Dies im wesentlichen mit der Begründung, der belangten Behörde seien in der Frage der Zuordnung der Einwohner näher bezeichneter Orte zu den in Betracht kommenden Kundenpotentialen Verfahrensmängel unterlaufen, bei deren Vermeidung eine andere Beurteilung der Bedarfsvoraussetzung nach § 10 Abs. 2 Z. 1 Apothekengesetz nicht ausgeschlossen werden könne. Mangels Feststellung eines konkreten Sachverhaltes in Ansehung der Bedarfsvoraussetzung des § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz - nach Auffassung der (damals) belangten Behörde würde der Bedarf an der bestehenden Apotheke des Beschwerdeführers "zwar weiterhin knapp gegeben sein, da sie innerhalb der Stadt die weitaus günstigere Position habe als die beantragte Apotheke", es werde jedoch ein spürbarer Kundenverlust eintreten - habe der angefochtene Bescheid auch nicht auf das Vorliegen dieser negativen Bedarfsvoraussetzung gegründet werden können.

Mit dem im fortgesetzten Verfahren ergangenen Ersatzbescheid des Bundesministers für Gesundheit und Konsumentenschutz vom 26. Februar 1996 wurde der mitbeteiligten Partei die Konzession zur Errichtung und zum Betrieb einer neuen öffentlichen Apotheke in Graz unter Festsetzung eines näher beschriebenen Gebietes als Standort erteilt; die Berufung des Beschwerdeführers gegen den erstbehördlichen Bescheid wurde abgewiesen. Hiezu wurde - nach Darstellung des Verfahrensablaufes und der maßgebenden Rechtslage - im wesentlichen ausgeführt, für die beantragte Apotheke werde die gesetzliche Mindestzahl von 5500 zu versorgenden Personen unter Einbeziehung von 300 in ihren Versorgungsbereich einflutenden Personen - wenn auch knapp - erreicht. In Ansehung des dem Beschwerdeführer verbleibenden Versorgungspotentials wurde dargelegt, es handle sich dabei zunächst um die 5920 ständigen Einwohner jenes Teiles des 11. Grazer Stadtbezirkes, der südwestlich der - unter dem Gesichtspunkt der leichteren Erreichbarkeit zwischen der beantragten Apotheke und der Apotheke des Beschwerdeführers gezogenen - Trennlinie (Janischhofweg - Mariatroster Straße - Rettenbacher Straße - Roseggerweg) gelegen sei. Das Versorgungspotential der Apotheke des Beschwerdeführers reiche weiters ein kleines Stück in den

3. Grazer Bezirk, etwa bis zur Panoramagasse, wobei aber sicherlich das Argument des Beschwerdeführers zutreffend sei, daß der Trend der Einkäufer Richtung Zentrum von Graz (und nicht in die Richtung zur Apotheke des Beschwerdeführers) gehe. Im Gegensatz zur Auffassung des Beschwerdeführers komme es nicht auf die Zahl der Personen an, die von der Apotheke des Beschwerdeführers tatsächlich mit Arzneimitteln versorgt würden, sondern auf die Zahl der Personen, die von dieser Apotheke versorgt werden können. Es könne daher von ergänzenden Ermittlungen abgesehen werden, ob die südlich der Apotheke des Beschwerdeführers wohnenden Personen sich tatsächlich nicht aus seiner, sondern aus der Apotheke "Zur göttlichen Vorsehung" bzw. aus der Apotheke "Zum heiligen Leonhard" mit Arzneimitteln versorgten. Selbst wenn die Auffassung des Beschwerdeführers aber richtig sein sollte, daß diese Personen zu den genannten Apotheken gerechnet werden müßten, würden der Apotheke des Beschwerdeführers nach den Ermittlungen noch immer mehr als 5500 zu versorgende Personen verbleiben.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die mitbeteiligte Partei - eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragte.

Unter anderem aufgrund des aus Anlaß des vorliegenden Beschwerdeverfahrens mit hg. Beschluß vom 17. Februar 1997, Zl. A 31/97, gestellten Gesetzesprüfungsantrages wurde mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 2. März 1998, G 37/97 u.a., in § 10 Apothekengesetz, RGBL. Nr. 5/1907, in der Fassung der Apothekengesetznovelle 1990, BGBl. Nr. 362, Abs. 2 Z. 1, Abs. 3 und im Abs. 5 die Wortfolge "3 oder" als verfassungswidrig aufgehoben und ausgesprochen, daß die verfassungswidrigen Bestimmungen nicht mehr anzuwenden seien.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

§ 10 Apothekengesetz, der die sachlichen Voraussetzungen der Konzessionserteilung regelt, lautet in der durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 2. März 1998 bereinigten und der Prüfung des angefochtenen Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof zugrundezulegenden Fassung, wie folgt:

"(1) Die Konzession für eine neu zu errichtende öffentliche Apotheke ist zu erteilen, wenn

1. in der Gemeinde des Standortes der öffentlichen Apotheke ein Arzt seinen ständigen Berufssitz hat und
2. ein Bedarf an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke besteht.

(2) Ein Bedarf besteht nicht, wenn

-

2. die Entfernung zwischen der künftigen Betriebsstätte und der neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke und der Betriebsstätte der nächstgelegenen öffentlichen Apotheke weniger als 500 m beträgt oder

3. die Zahl der von der Betriebsstätte einer der umliegenden bestehenden öffentlichen Apotheken aus weiterhin zu versorgenden Personen sich infolge der Neuerrichtung verringert und weniger als 5.500 betragen wird.

(4) Zu versorgende Personen gemäß Abs. 2 Z. 3 sind die ständigen Einwohner aus einem Umkreis von 4 Straßenkilometern von der Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke, die auf Grund der örtlichen Verhältnisse aus dieser bestehenden öffentlichen Apotheke weiterhin zu versorgen sein werden.

(5) Beträgt die Zahl der ständigen Einwohner im Sinne des Abs. 4 weniger als 5.500, so sind die auf Grund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesen Gebieten zu versorgenden Personen bei der Bedarfsfeststellung zu berücksichtigen.

(6) Die Entfernung gemäß Abs. 2 Z. 2 darf ausnahmsweise unterschritten werden, wenn es besondere örtliche Verhältnisse im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung dringend gebieten.

(7) Zur Frage des Bedarfes an einer neu zu errichtenden öffentlichen Apotheke ist ein Gutachten der österreichischen Apothekerkammer einzuholen. Soweit gemäß § 29 Abs. 4 und 5 Ärzte betroffen sind, ist auch ein Gutachten der österreichischen Ärztekammer einzuholen."

Bei der Bedarfsermittlung hat die Behörde festzustellen, wie viele der ständigen Einwohner im Umkreis von 4 km um die Betriebsstätte der bestehenden öffentlichen Apotheke(n) nach Errichtung der geplanten Apotheke ihren Arzneimittelbedarf aufgrund der örtlichen Verhältnisse voraussichtlich weiterhin aus der (den) bestehenden öffentlichen Apotheke(n) decken werden. Diese unter dem Gesichtspunkt der leichteren Erreichbarkeit vorzunehmende Zuordnung hat in erster Linie an Hand der Straßenentfernungen zu der (den) bestehenden öffentlichen Apotheke(n) im Vergleich zur beantragten Apotheke zu erfolgen. Ergibt sich für eine bestehende öffentliche Apotheke die kritische Zahl zu versorgender Personen nicht schon aus den ständigen Einwohnern des 4 km-Umkreises, so ist weiter zu prüfen, ob diese Zahl unter Berücksichtigung der aufgrund der Beschäftigung, der Inanspruchnahme von Einrichtungen und des Verkehrs in diesem Gebiet weiterhin zu versorgenden Personen erreicht wird. Das Ergebnis dieser Prüfung hat in einer auf entsprechende Erhebungen gestützten prognostischen Zuordnung konkreter Kundenpotentiale zu der (den) bestehenden Apotheke(n) zu bestehen (vgl. z.B. das hg. Erkenntnis vom 11. Mai 1998, Zl. 98/10/0092, und die hier zitierte Vorjudikatur).

Von dieser Rechtslage ausgehend erübrigt sich zunächst eine Auseinandersetzung mit dem Beschwerdevorbringen, die belangte Behörde sei zu Unrecht zur Auffassung gelangt, die von der mitbeteiligten Partei beantragte Apotheke verfüge über ein Versorgungspotential von mehr als 5500 Personen. Eine Mindestanzahl an durch die beantragte Apotheke zu versorgenden Personen ist nicht (mehr) Tatbestandsvoraussetzung für die Konzessionserteilung.

In Ansehung des seiner Apotheke verbleibenden Kundenpotentials bringt der Beschwerdeführer vor, dieses werde sich im Falle der Erteilung der beantragten Konzession - im Gegensatz zur Auffassung der belangten Behörde - auf weniger als 5500 Personen verringern. Die 5920 Einwohner des südwestlich der Linie Janischhofweg - Rettenbacher Straße - Roseggerweg gelegenen Teiles des 11. Stadtbezirks könnten dem Versorgungspotential des Beschwerdeführers nämlich nicht zur Gänze zugerechnet werden. Wie im Verwaltungsverfahren bereits wiederholt dargelegt, ergebe eine auf die Umsatzzahlen der Apotheke des Beschwerdeführers gestützte Berechnung, daß im gesamten - nunmehr auch von der Apotheke der mitbeteiligten Partei beanspruchten - Einzugsbereich seiner Apotheke nur 6800 Personen zu versorgen seien. Dieses Potential werde sich, weil die beantragte Apotheke zumindest die Hälfte des bisherigen Einzugsgebietes des Beschwerdeführers versorgen werde, um ca. 50 % verringern; es werde somit lediglich 3400 Personen ausmachen. Die belangte Behörde habe auch nicht berücksichtigt, daß praktisch das gesamte Gebiet südlich seiner Apotheke in Richtung Grazer Innenstadt durch die dort etablierten öffentlichen Apotheken (insbesondere die Apotheke "Zur göttlichen Vorsehung" in der Heinrichstraße Nr. 3 und die Apotheke "Zum heiligen Leonhard" auf dem Leonhardplatz 3) versorgt werde. Aus diesem Bereich könnten daher keine von seiner Apotheke zu versorgenden Personen gewonnen werden. Die Auffassung der belangten Behörde, daß die Ermittlungen ergeben hätten, daß ihm dennoch mehr als 5500 Personen zur Versorgung verblieben, sei weder einseh- noch nachvollziehbar, zumal offen bleibe, um welche Ermittlungen es sich dabei handle. Durch Ermittlungsergebnisse gleichfalls nicht gedeckt sei die

Auffassung der belangten Behörde, es würden Einwohner des 10. Bezirkes zu seiner Apotheke "tendieren"; dem dicht besiedelten Gebiet des 10. Bezirkes seien die Apotheken "Zum heiligen Leonhard" und "Zur göttlichen Vorsehung" wesentlich näher gelegen als die Apotheke des Beschwerdeführers. Schließlich ergebe sich aus einem in einem anderen Apothekenkonzessionsverfahren von der österreichischen Apothekerkammer erstatten Existenzgefährdungsgutachten, daß der Beschwerdeführer einen Umsatzentfall von zumindest 30 % zu erwarten habe. In Verbindung mit den bereits erwähnten Umsatzdaten errechne sich daraus ein der Apotheke des Beschwerdeführers verbleibendes Versorgungspotential von lediglich 4760 Personen, also erheblich weniger als das gesetzlich geforderte Mindestversorgungspotential.

Der Beschwerdeführer bestreitet mit seinem Vorbringen nicht, daß der südwestlich der Linie Janischhofweg - Rettenbacher Straße - Roseggerweg gelegene Teil des 11. Grazer Stadtbezirkes - entsprechend der Annahme der belangten Behörde - 5920 ständige Einwohner aufweist. Der Beschwerdeführer bestreitet weiters nicht, daß seine Apotheke für diesen Personenkreis die nächstliegende und daher am leichtesten erreichbare Apotheke darstellt; diese Annahme der belangten Behörde entspricht auch den in den vorgelegten Verwaltungsakten enthaltenen planlichen Darstellungen.

Auf der Grundlage dieses - unbestrittenermaßen vorliegenden - Sachverhaltes konnte die belangte Behörde aber zu Recht zur Feststellung gelangen, das Versorgungspotential des Beschwerdeführers im Sinne des § 10 Abs. 4 Apothekengesetz werde infolge Errichtung der neuen öffentlichen Apotheke nicht unter die Zahl von 5500 an zu versorgenden Personen absinken.

Mit dem - nicht näher begründeten - Vorbringen, es werde praktisch das gesamte südlich seiner Apotheke gelegene Gebiet nicht durch die Apotheke des Beschwerdeführers, sondern durch in der Grazer Innenstadt gelegene Apotheken versorgt, zeigt der Beschwerdeführer freilich keinen Sachverhalt auf, der die Auffassung der belangten Behörde unter Zugrundelegung der oben dargelegten - auf Gesichtspunkte der räumlichen Nähe und Erreichbarkeit Bezug nehmenden - Grundsätze für die Abgrenzung der Kundenpotentiale der an einem Konzessionsverfahren beteiligten Apotheken als unzutreffend erscheinen lassen könnte. Ob nämlich Personen, die unter den genannten Gesichtspunkten der räumlichen Nähe und Erreichbarkeit dem Versorgungspotential der Apotheke des Beschwerdeführers zuzuordnen sind, ihren Arzneimittelbedarf tatsächlich (auch) in anderen Apotheken decken, ist im vorliegenden Fall ohne Bedeutung (vgl. dazu das hg. Erkenntnis vom 11. Mai 1998, Zl. 98/10/0083). Aus diesem Grund vermögen auch die auf den Umsatzdaten der Apotheke des Beschwerdeführers basierenden Berechnungen über die Anzahl der vom Beschwerdeführer weiterhin zu versorgenden Personen nichts zur Beantwortung der Frage beizutragen, ob die negative Tatbestandsvoraussetzung des § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz im vorliegenden Fall erfüllt ist.

Bei diesem Ergebnis kann dahingestellt bleiben, ob der Apotheke des Beschwerdeführers zu Recht auch die ständigen Einwohner eines Teiles des 3. Grazer Bezirkes zugeordnet wurden; auch eine der belangten Behörde hier allenfalls unterlaufene Rechtswidrigkeit könnte an der Erfüllung der negativen Tatbestandsvoraussetzung des § 10 Abs. 2 Z. 3 Apothekengesetz nichts ändern. Einwohner des 10. Bezirkes wurden der Apotheke des Beschwerdeführers - im Gegensatz zu seinem Vorbringen - nicht zugeordnet.

Die sich somit als unbegründet erweisende Beschwerde war gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

Von der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden; durch die Konzessionserteilung an die mitbeteiligte Partei werden im Sinne des Art. 6 Abs. 1 MRK zivilrechtliche Ansprüche des einen öffentlich-rechtlichen Konkurrenzschutz genießenden Beschwerdeführers nicht berührt (vgl. nochmals das hg. Erkenntnis vom 11. Mai 1998, Zl. 98/10/0092, und die hier zitierte Vorjudikatur).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 416/1994.

### **Schlagworte**

Rechtsgrundsätze Allgemein Anwendbarkeit zivilrechtlicher Bestimmungen Verträge und Vereinbarungen im öffentlichen Recht VwRallg6/1

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1998:1998100088.X00

**Im RIS seit**

11.07.2001

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)